حول تعديل لبعض النصوص لقانون الأسرة
لسنة 1984 وذلك بمقتضى الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

أ. غوتي بن ملحة*

لا ينفصل مصير الأسرة الجزائرية عن المجتمع الإسلامي بصفة عامة حيث تتنازع فيه نفس التيارات والتأثيرات، فنجد تيارا يجر الأسرة إلى الخارج والنظر إلى الأسرة الغربية وكأنها تمثل منتهى التطور الحضاري، وهذا يقع بالطبع على حساب الاسرة التقليدية.

وهناك تيارات أخرى متباعدة المناهج والمفاهيم وهذا يتبين من خلال النقاش الذي تثيره قضايا الاسرة والتي كثيرا ما تعكس جهل الكثير لأصول الشرع الاسلامي في هذا الشأن. وهذه المواقف في النظرة ولتناقضات تجعل التشريع المتعلق بالاسرة محل جدل.

قبل الاحتلال الفرنسي، كانت الأسرة الجزائرية تخضع في نظامها إلى احكام الشريعة الاسلامية وكان يطبق المذهب المالكي في معظم أنحاء

---

*. أستاذ بكلية الحقوق -جامعة الجزائر-.

القطر الجزائري مع التمسك في جهات أخرى من البلد بالمذهب الحنفي وكذا المذهب الإباضي.

وفي عهد الاحتلال بقي في البداية العمل مع الشريعة الإسلامية، رغم بعض التغيرات التي أدخلها المشرع الفرنسي على أحكام الشريعة.

وفيما بعد صدر الأمر المؤرخ في 1959/02/04 والمرسوم الصادر بكيفية تطبيق نفس الأمر في 1959/09/17 والمتعلق بالزواج والطلاق.

وهذا التشريع نظم انعقاد الزواج وإثباته وكذلك انحلاله، ومن مميزات نفس التشريع فإنه جعل الطلاق عن طريق القضاء.

واستمر العمل بعد الاستقلال بتطبيق تشريع سنة 1959 وهذا وفقا لما يقضيه القانون الصادر في 1962/12/31 والذي أقر الاستمرار في تطبيق التشريع السابق ما لا يتنافى والسيادة الوطنية.

القانون الذي يحدد سن الزواج واثباته وبعد سنة 1966 شرع في تحضير مشروع لقانون الأسرة

ويلاحظ أن المشروع التمهيدي لسنة 1966 اعتمد في كثير من نصوصه على التشريع الصادر في سنة 1959.

وفي سنة 1972 كانت مبادرة أخرى في تحضير مشروع لقانون الأسرة من وزارة العدل والمتضمن "**مدونة الأحوال الشخصية**"

وتصدر المشروع مقدمة بالمضمون التالي : "بما أن تشريع كل بلد أن يتجاوب ومطامح شعبه العميقة، ونظرا لتعلق الشعب الجزائري بتقاليده العربية الإسلامية الراسخة، ونظرا للدور الهام الذي لعبته الأسرة الجزائرية كمعقل حقيقي للمقاومة ضد الإحتلال وذلك من أجل صيانة وحدتها والمحافظة على شخصيتها وبقاء قيمها الموروثة عن سلفها الصالح وبما أن الأسرة وهي الخلية الأساسية للمجتمع لا بد أن تكون وظيفتها الحاسمة هي ضمان التكامل التربوي والأخلاقي الضروريين لنجاح الثورة الاشتراكية. وبما أن التضامن الوطني الذي تتميز به الثورة هو امتداد طبيعي للتضامن المستمد من تنظيم الأسرة والدفاع عنها" وبما أن مؤسسة الأسرة في الجزائر هي مرتبطة ارتباطا وثيقا بمفاهيم الأخلاق والشريعة والاستقرار.

وبما أن خير ضمان لثورتنا الإشتراكية واختياراتنا الأساسية هو منح بلدنا مدونة متلائمة وظروف ومقتضيات حياتنا وأصالة شعبنا وعبقريته".

والملاحظ فإن هذه الديباجة لا تختلف عن الديباجة التي قدمت المشروع التمهيدي لسنة 1966.

وأخيرا تم تحضير مشروع تمهيدي لقانون الأسرة في سنة 1981 ورد في عرض الأسباب للمشروع : "إن المسائل التي جمعتها اللجنة المكلفة بإعداد قانون الأحوال الشخصية ووضع أحكامها تعتبر مسائل معلومة في الشريعة الاسلامية وعند فقهاء القانون الوضعي ولا تبتعد أصلا عن تصرفات أفراد المجتمع الجزائري في حياتهم اليومية.

إن تطور المجتمع حمل اللجنة على الأخذ بالاجتهاد الذي لا يتعارض مع النص الصريح من القرآن وعدم التقيد بالمذهب، كلما وجدت إلى ذلك سبيلا، حرصا منها على مسايرة هذا في إطار القيم العربية الاسلامية طبقا لما ورد في الميثاق الوطني.

إن المجتمع الجزائري يعرف كثيرا من المنازعات التي ترجع إلى الزواج والطلاق والنفقة وغيرها ولا يمكن للقضاة أن يحكموا في مثل هذه القضايا إذا لم يكن بين أيديهم نص يرجعون إليه وإلا سادت الفوضى هذا الميدان ورأينا كل قاض يحكم حسب هواه وإرادته.

وقد اكتفت اللجنة بالإشارة إلى بعض المسائل التي كثر ويكثر باستمرار حولها الجدل وهكذا تم تحضير المشروع الذي عرض على مناقشة المجلس الشعبي الوطني والذي انتهى إلى إصدار القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 1984/06/09 والمتضمن قانون الأسرة.

وبعد عشرين سنة من تطبيق القانون تبين بأنه يتميز ببعض الثغرات وكذلك الغموض الذي يكتسي نصوصه مما يؤدي الى تأويلات وتفسيرات غير مناسبة ولا يساعد على الحل الناجع لكثير من المسائل زائد التناقض بين النص العربي وترجمته باللغة الفرنسية وعليه حان الأوان لإعادة النظر في بعض نصوص القانون وفي ذلك انصب تعديل القانون على ما يلي :

عن سن الزواج : وفي ذلك كان التعديل بتوحيد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة وتم تحديده للاثنين ببلوغ 19 سنة وهذا تطابقا مع سن

الرشد المدني مع البقاء بالنص على الترخيص من القاضي بالزواج لمن لم تكتمل سنه القانونية للزواج وذلك لضرورة أو مصلحة. كما أضيفت مادة 7 مكرر تلزم المقبلين على الزواج من الرجل والمرأة بتقديم شهادة طبية لا يزيد تاريخها على ثلاثة اشهر(3) تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج وهذا حماية على صحة الزوجين ومستقبلا على الأطفال.

بالنسبة لأركان الزواج : لقد أجمع المشرع في قانون الأسرة الحالي تحت أركان الزواج : رضا الزوجين والولي والشاهدان والصداق مع الركن الأساسي وهو الرضا وأما الولي والشاهدان والصداق هم في الحقيقة من شروط الصحة فعقد الزواج هو من العقود ثنائية الطرف، أي لا بد من طرفين فيه وهما الرجل والمرأة ولا يوجد إلا بتحقيق ركنيه وهما الزوجان والرضا أي (الايجاب والقبول).

والركن هو قوام العقد أي هو ما توجد الحقيقة الشرعية إلا به ويعد جزءا هاما فيها وقد اتفق الفقهاء على الإيجاب والقبول وهما ركنان واختلفوا فيما عداهما.

قال أبو حنيفة "إن عقدالزواج له ركنان، هما الايجاب والقبول لأنهما العنصران اللذان في ماهية العقد وبارتباطهما يتحقق المراد منهما ويتحقق الرضا.

لذلك تعين تعديل المادة التاسعة (9) على أنها تصبح تنص على رضا الزوجين كركن وعلى الولي والشاهدين والصداق كشروط الصحة في

انعقاد الزواج ونذكر هنا بأن مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية والمعتمد من طرف وزراء العدل العربية، هذا تحت إشراف الجامعة العربية، نص في المادة 19 منه على أن أركان عقد الزواج هما الزوجان والإيجاب والقبول" وجاءت المادة 33 من المشروع بالنص التالي : يشترط في صحة عقد الزواج :

- حضور شاهدين
- عدم إسقاط المهر
- موافقة الولي بالنسبة لمن لم تكتمل أهليته للزواج وفق هذا القانون

فيما يتعلق بالولي : هناك نصوص في قانون الأسرة تفيد بأن الولي لم يكن في الحقيقة بركن في انعقاد عقد الزواج بحيث أن المادة 12 تؤكد على أنه "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج وللقاضي أن يأذن به"

وتضيف المادة 13 "لا يجوز للولي حتى ولوكان أبا أن يجبر على الزواج من في ولايته له ولا يجوز أن يزوجها بدون موافقتها". ولم يرد في الشرع ما يجبر المرأة على الزواج بغير من ارتضته بالمعروف مصداقا لقوله تعالى : ﴿**فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ**﴾[1].

ويقول ابن رشد – وجاء ذلك في الباب الثاني من "بداية المجتهد" في موجبات صحة النكاح، من كتاب النكاح، وفي شروط العقد وفي اشتراط

1. سورة البقرة، الآية 232.

الولاية في صحة النكاح بأن في ذلك اختلاف في النكاح بين الفقهاء. وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن ان يكون في ذلك نص بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها... " (ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد- الجزء الثاني ص. 7 و8 دار الفكر-).

عن تعدد الزوجات : يتعين في ذلك مراعاة مقاصد الشريعة السمحة في الحرص على العدل والذي جعل الحق سبحانه يقيد إمكان التعدد بتوفيره فقال تعالى ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ**﴾[1]

وقد أكّد سبحانه عدم الاستطاعة على ذلك بقوله ﴿**وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ**﴾[2].

وأضاف عز وجل في نفس الآية ﴿**فَلاَ تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ**﴾[3]

ولذا يتعين الترخيص بزواج الرجل بامرأة ثانية بصفة شرعية لضرورات قاهرة وضوابط صارمة وبإذن من القاضي.

---

1. سورة النساء، الآية 3.
2. سور النساء، الآية 129.
3. سور النساء، الآية 129.

وبالتالي فإن التعدد لا يجوز الا وفق الحالات والشروط الشرعية فلا يأذن القاضي بالتعدد الا إذا تأكد من استطاعة الزوج في توفير العدل على قدم المساواة مع الزوجة الأولى في جميع جوانب الحياة وإذا ثبت لديه المبرر الموضوعي الاستثنائي للتعدد.

كما للمرأة أن تشترط في العقد على زوجها أن لا يتزوج عليها باعتبار ذلك حقا لها كما قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه "مقاطع الحقوق عن الشروط" وكما جاء في الحديث الشريف "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحلّ حراما أو حرم حلالا".

وفي ذلك يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط نية العدل وفي هذه الحالة يجب على الزوج إجبار كل من الزوجة السابقة والمرأة التي يرغب في الزواج بها أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة والذي يمكن له بترخيص الزواج بالمرأة الثانية إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وهذا تماشيا مع شرع الله.

عن حقوق وواجبات الزوجين : الزواج رابطة مقدسة، قائمة على المودة والرحمة والتعاطف والتراحم والسكن والاستقرار

والشريعة الاسلامية ترتب على عقد الزواج حقوقا للزوجة على زوجها وحقوقا للزوج على زوجته، ومما لا شك فيه أن كل حق يقابله

واجب والتكليف في مقابله شريف وذلك من منطق العدل والمساواة عملا بقوله عز وجل ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1]. وفي حق المرأة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **"استوصوا بالنساء خيرا"**

عن الأموال المكتسبة من الزوجين خلال قيام الرابطة الزوجية : فمع الاحتفاظ بقاعدة استقلال الذمة المالية من الزوجين، تم إقرار مبدأ جواز الإتفاق بين الزوجين أثناء إبرام عقد الزواج أو في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج على تدبير أموالهما المكتسبة خلال الزوجية وفي حالة عدم الاتفاق يكون اللجوء الى القواعد العامة للإثبات مع تقدير القاضي لمساهمة كلا الزوجين في تنمية أموال الأسرة.

عن ثبوت النسب : لا شك أن أهم الآثار المترتبة على الزواج نسب الأولاد الذين هم ثمرة الزوجية، وأول ما يثبت للولد من كان السبب الظاهري والطبيعي في وجوده أي أبويه هو نسبه. فنسب الولد ثابت من حيث الأم التي ولدته فعلا بمجرد ولادته، إن عرفت الأم سواء جاءت به من زواج صحيح أو فاسد أو من غير زواج.

وأما نسبه إلى أبيه هو الأصل فالولد يتبع أباه في النسب ومن أدب الإسلام أن نحمل حال الناس على الصلاح والإستقامة وحفظ الأنساب وعدم ضياع الولد بضياع نسبه. وعليه فإن الأصل هو إمكان التلاقي وعبء إثباته يقع على من يتذرع به إذا لم يستطع الإثبات فإمكان التلاقي قائم يؤخذ به تلقائيا.

---

1. سور البقرة، الآية 228.

وتماشيا مع تطور البحث العلمي في الطب وبما وصل إليه من وضع تحاليل علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود ووالده وأمه أصبح من الضروري إدراج هذه الطرق الحديثة في حالات إثبات النسب وهذا عملا بقاعدة إحياء الولد.

عن انحلال الرابطة الزوجية" : إن الطلاق هو حل الرابطة الزوجية يمارس من قبل الزوج والزوجة، كل حسب شروطه الشرعية وبموافقة القضاء وذلك بتقييد الممارسة التعسفية من الزوج وهذا بضوابط محددة مع الأخذ بقوله صلى الله عليه وسلم "إن أبغض الحلال عند الله الطلاق" وإذا كان الطلاق بيد الزوج فهو كذلك بيد الزوجة.

عن دعوى الطلاق : في ذلك الاهتمام بتعزيز آليات التوفيق والوساطة وهذا بتدخل الأسرة عن طريق التحكيم وعن طريق القاضي بالاعتناء بمحاولة الصلح.

وبما أن سير دعوى الطلاق قد يستغرق مدة طويلة كانت المبادرة باتخاذ إجراءات من القاضي بطلب الطرفين أو تلقائيا وبصفة مؤقتة والتي تتعلق بإقامة الزوجين والنفقة وحضانة الأولاد.

وأخيرا فإن الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق هي غير قابلة للاستئناف وذلك عملا بقوله تعالى ﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[1]

1. سورة البقرة، الآية 229.

والحكمة من ذلك هو أن التمادي في الإجراءات وهذا على مستوى درجات التقاضي قد يضر بالزوجة التي تبقى كالمعلقة.

عن الحضانة : إن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية الشرع بالطفولة بحيث يكفل للولد التربية البدنية والصحية والخلقية على الوجه السليم

وبشأن الحضانة يتعين الحفاظ على حقوق الطفل باعتبار أن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون وذلك من إسنادها للأم وهي أهل لها بالدرجة الأولى ثم الأب ومن أجل ممارسة الحضانة فلابد من توفير الشروط اللازمة لذلك ولذا يتعين توفير سكن لائق للمحضون وهو واجب مستقل عن بقية عناصر النفقة وعند عدم توفير السكن يقوم الشرط في أداء أجرة الايجار.

واستنادا إلى قوله صلى الله عليه وسلم "**كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته**" يجوز للأم عند إسناد الحضانة إليها أن تتمتع بصلاحيات الولاية.

عن النفقة : هي واجبة للزوجة على زوجها باعتبار ذلك حكما من أحكام عقد الزواج وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع "**اتقوا الله في النساء. ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**" وفي حق المطلقات قال تعالى : ﴿**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم**﴾[1] وقال سبحانه وتعالى : ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[2].

1. سورة الطلاق، الآية 6.

2. سورة البقرة، الآية 233.

وبما ان أداء النفقة لمستحقها هو أمر ضروري وأن تسديد مبالغها هو مستعجل وخاصة فما يخص المحكوم بها لفائدة المطلقات وأولادهن المبادرة بإنشاء صندوق ضمان أداء النفقة في حالة وجود أحكام نهائية تتعلق بالنفقة وتعذر تنفيذها من المدينين. فيتولى الصندوق صرف المبالغ المحكوم بها لمستحقيها ويحل الصندوق محل مستحقي النفقة لهم من الحقوق على المدين بالنفقة بالمبالغ المحكوم بها.

وبالنسبة للجانب الإجرائي : هناك إجراء جديد وهو جعل النيابة العامة طرفا أصليا في كل النزعات التي تتصل بتطبيق قانون الأسرة باعتبار أن القضايا التي تتعلق بالأسرة وأفرادها هي من النظام العام كما أن النيابة العامة هي ملزمة بتسجيل الحكم الذي يثبت الزواج وكذلك الحكم بالطلاق وهذا في سجلات الحالة المدينة.